

University of Groningen

Conflicterend conflictenrecht, verkennende beschouwingen...

Vonk, G.J.

Published in:
 Sociaal Maandblad Arbeid

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2000

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vonk, G. J. (2000). Conflicterend conflictenrecht, verkennende beschouwingen... *Sociaal Maandblad Arbeid*.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Conflicterend conflictenrecht

Verkennde beschouwingen over wrijvingen tussen de grensoverschrijdende reguleringstelsels van het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht, het arbeidsrecht en het pensioenrecht tegen de achtergrond van het Europees Gemeenschapsrecht

Prof. dr. G.J. Vonk

1. Inleiding

Bijna 130 geleden liet Multatuli een bundel verschijnen getiteld “Duizend en enige hoofdstukken over specialiteiten”¹. In het boekje wordt de strijd aangeboden tegen vormen van specialisatie, *specialiteiten* genoemd. Specialiteiten worden bedreven door personen die, “door zich blind te staren op één punt, het recht menen te hebben bijziende te zijn voor wat anders”. Vooral de jurist moet het ontgelden. Volgens Multatuli doet de vakmatige beoefening van de afzonderlijke rechten schade aan het ware recht zelf. Het wordt tijd om aan de zotte heerschappij van de doorgeschoten rechtspecialisatie een einde te maken. In plaats daarvan moeten in het recht de billijkheid en het gezond verstand gaan zegevieren, aldus de schrijver.

Toen ik laatst het boekje doorbladerde – ik had het toevalligerwijs in bezit gekregen – realiseerde ik mij dat het juist voor het thema dat wij vandaag bespreken actualiteitswaarde heeft. Juristen die zich bezighouden met het thema van grensoverschrijdende arbeid in Europa, zouden zich de woorden van Multatuli moeten aantrekken. Vaak benaderen zij dit onderwerp niet vanuit de persoon van de migrant, maar vanuit het specifieke gebied waarin men is gespecialiseerd. Vakmatig is deze benadering te begrijpen. In het internationale recht bestaat geen uniform reguleringssysteem voor de bescherming van de sociaal-economische positie van de migrant. Er is sprake van deelgebieden, zoals het internationaal belastingrecht, het internationaal sociale zekerheidsrecht, het internationaal arbeidsrecht en als afsplitsing daarvan weer het in opkomst zijnde internationaal pensioenrecht. In de Europese Unie bestaat evenmin een uniform reguleringssysteem, al worden hier de schotten die bestaan tussen de afzonderlijke grensoverschrijdende reguleringstelsels door de werking van het verdragsrechtelijke vrije-verkeersregime hier en daar doorbroken.

Maar benaderen we het onderwerp nu eens niet vanuit het rechtssysteem maar vanuit de persoon van de burger, dan is voor het bestaan van schotten in het geheel geen plaats. Wat zou het de grensarbeider of de gedetacheerde werknemer kunnen schelen of bepaalde voordelen voortvloeien uit het wettelijk socialezekerheidsstelsel, het belastingrecht of uit de CAO-afpraak? Hem gaat het er uitsluitend om dat van de grensoverschrijdende activiteit geen onverklaarbare negatieve inkomsteneffecten uitgaan.

Maar in het recht ligt dat zo simpel niet. Ik doel nu weer op het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht, het arbeidsrecht en het pensioenrecht: de vier rechtsgebieden die als “kernkwadranten” de sociaal-economische positie van de migrant beheersen. Elk van die rechtsgebieden kent een eigen reguleringssysteem ter bescherming van de belangen van de internationaal actieve burger. Het ene systeem is verder ontwikkeld en daarmee ook effectiever dan het andere. Het probleem is echter dat als gevolg van het naast elkaar bestaan van de vier afzonderlijke grensoverschrijdende reguleringssystemen allerlei niet bedoelde

¹ Multatuli, *Duizend en enige hoofdstukken over specialiteiten*, Amstel Klassiek, Amsterdam/Antwerpen, 1981.

neveneffecten kunnen optreden die voor de migrant soms voordelig, maar evengoed nadelig kunnen zijn. In het laatste geval levert de optelsom van de goede bedoelingen van het recht een nadelig saldo op. Met billijkheid en gezond verstand heeft dat weinig te maken.

Op deze studiedag staat niet het rechtssysteem, maar de burger centraal. Dit betekent ook dat we kritische vraagtekens gaan plaatsen bij de schotten tussen de vier grensoverschrijdende reguleringssystemen. Dat geldt ook voor deze voordracht. We gaan na hoe de vier systemen in grote lijnen in elkaar steken, welke problemen worden veroorzaakt door het naast elkaar bestaan van de vier systemen, hoe die problemen moeten worden gekwalificeerd in het licht van de doelstellingen van het EG-Verdrag en hoe ze zouden kunnen worden opgelost.

Ik realiseer me dat met deze vragen en aandachtspunten een hoog ambitieniveau wordt aangesproken. Een onverantwoord hoog niveau. Alleen al het verkrijgen van inzicht in de techniek van de vier internationale reguleringssystemen is een hele opgave, laat staan dat we het antwoord weten op de vraag hoe problemen als gevolg van het naast elkaar bestaan van deze systemen zouden moeten worden opgelost. Maar de omvang van het probleem ontslaat ons niet van de plicht om erover na te denken. Vandaag gaan we zo'n denkpoeging ondernemen. De oude Multatuli zal ons dankbaar zijn.

2. Vier grensoverschrijdende reguleringssystemen

2.1 Enkele opmerkingen vooraf

Voordat ik toekom aan een beschrijving van de wrijvingen die bestaan tussen de vier internationale systemen, eerst iets over het karakter van deze systemen zelf.

Het fundament waarop al het grensoverschrijdende specialiteitenrecht is gebaseerd, wordt gevormd in de autonomie van de nationale systemen. In de Europese Unie is van een sociale of fiscale harmonisatie nog geen sprake. Het socialezekerheidsrecht, het belasting-recht, het arbeidsrecht en het pensioenrecht zijn in overwegende mate nog steeds van nationale oorsprong.

Het nationale karakter van de systemen brengt met zich mee dat de werkingssfeer van de systemen op een of andere manier aan de nationale jurisdictie van staten is gekoppeld. Deze koppeling kan plaatsvinden via allerlei aanknopingspunten: de nationaliteit van de persoon, de plaats waar de arbeid wordt verricht of waar het inkomen wordt verdiend, de woonplaats of de plaats waar de werkgever gevestigd is, en ga zo maar door.

Doordat de verschillende nationale systemen verschillende aanknopingspunten hanteren voor de afbakening van de werkingssfeer, kunnen in geval van grensoverschrijdend personenverkeer situaties van gelijktijdige toepasselijkheid van nationale systemen voorkomen, of juist andersom situaties dat een persoon onder geen enkel systeem valt. Kenmerkend voor onze vier grensoverschrijdende reguleringssystemen is dat deze alle gericht zijn op het bieden van oplossingen voor de concurrerende toepasselijkheid of de non-toepasselijkheid van nationale systemen. Met andere woorden de vier grensoverschrijdende reguleringssystemen kwalificeren zich minimaal als systemen van *internationaal conflictenrecht*.

Voor alle systemen geldt voorts dat de regels inzake de grensoverschrijdende toepasselijkheid zijn uitgespreid over een waaier van nationaal recht, bi- of multilateraal verdragsrecht, en het Europees Gemeenschapsrecht. Voor het socialezekerheidsrecht geldt evenwel dat het

communautaire recht de rol van het nationale recht en de bi- en multilaterale verdragen grotendeels heeft teruggedrongen. Voor de overige internationale stelsels is dat veel minder het geval.

Hieronder bekijken we verder de vier afzonderlijke grensoverschrijdende reguleringsstelsels zelf, telkens vanuit het perspectief van het Europese Gemeenschapsrecht.

2.2 *Het sociale zekerheidsrecht*

Het EG-Verdrag bevat ten behoeve van het vrije werknemersverkeer een opdracht aan de gemeenschapwetgever om maatregelen vast te stellen om te bereiken dat, kort gezegd, werknemers hun socialezekerheidsaanspraken niet mogen verliezen als gevolg van hun migratie binnen de Gemeenschap. Deze opdracht, thans opgenomen in art. 41 EG, heeft geleid tot het vaststellen van de zogenaamde coördinatieverordeningen, aangeduid als Verordening nr. 1408/71 en Verordening nr. 574/72.

Artikel 42 van het EG-Verdrag bepaalt uitsluitend iets over de prestatiekant van de sociale zekerheid. Bij de vaststelling van uitkeringen dient rekening te worden gehouden met tijdvakken van verzekering die een werknemer heeft vervuld onder de wetgeving van een andere lidstaat, en uitkeringen moeten naar andere lidstaten geëxporteerd kunnen worden. En inderdaad zijn deze beginselen nader uitgewerkt in Verordening 1408/71 in de vorm van een scala van technieken die weer verschillen al naargelang de tak van sociale zekerheid die aan de orde is. Kenmerkend voor al deze technieken is dat ze pogen te bereiken dat specifieke nadelen die een werknemer ondervindt in de sfeer van zijn sociale zekerheid als gevolg van zijn migratie binnen de Gemeenschap, zoveel mogelijk worden opgeheven.

Traditioneel bevatten internationale coördinatie-instrumenten echter ook een stelsel van conflictregels die tot doel hebben de wetgeving aan te wijzen op grond waarvan een persoon verzekerd is. Dergelijke conflictregels regaderen niet de prestatiesfeer, maar veeleer de vraag bij welke nationale socialezekerheidswetgeving men is aangesloten. Een dergelijk stelsel van conflictregels vinden we ook terug in Verordening 1408/71. Allereerst wordt gestipuleerd dat een persoon slechts aan de socialezekerheidswetgeving van een enkele Lidstaat onderworpen kan zijn en vervolgens geven de diverse conflictregels dan aan welke wetgeving dat in het concrete geval moet zijn. In zijn algemeenheid zijn die conflictregels gebaseerd op het *lex loci laboris*-beginsel, met andere woorden men is verzekerd in het land waar men werkt, ook al woont men in een ander land. Voor bepaalde groepen van personen kan van dit beginsel worden afgeweken, bijvoorbeeld voor gedetacheerde werknemers, die aangesloten zijn bij de wetgeving van het uitzendende land. Op basis van onderlinge overeenkomsten tussen de autoriteiten van de Lidstaten wordt veelal een detacheringstermijn van maximaal vijf jaar geoorloofd geacht.

In het kader van Verordening 1408/71 is de aanwijzing van de toepasselijke wetgeving in grensoverschrijdende situaties dwingend voorgeschreven. Hiermee is gelijktijdig de interstatelijke verdeling van de bevoegdheid tot het innen van premies dwingend voorgeschreven. Immers indien door de conflictregels de socialeverzekeringswetgeving van een land als toepasselijke is aangewezen, dan impliceert dit ook dat uitsluitend onder de wetgeving van dat land premie-inning mogelijk is. De wetgevingen van de andere landen moeten wijken, zodat premie-inning op grond van die concurrerende wetgevingen ook niet langer mogelijk is. Willen de premies onder het geldingsbereik van Verordening 1408/71 komen dan moet het hierbij overigens wel gaan om aan de arbeid gerelateerde heffingen die uitdrukkelijk

herkenbaar zijn als premies ten behoeve van een stelsel van sociale verzekeringen. In de praktijk kunnen niet altijd alle heffingen als zodanig geïdentificeerd worden. Frankrijk heeft bijvoorbeeld in het recente verleden enkele algemene heffingen geïntroduceerd met het doel om de tekorten in de Franse sociale fondsen te dekken, waarvan door de Franse autoriteiten steeds is gesteld dat ze buiten het bereik van Verordening 1408/71 vallen. Het Hof heeft dit standpunt van de Fransen echter niet overgenomen.²

Er bestaat overvloedige jurisprudentie van het EG Hof van Justitie over de conflictregels van Verordening 1408/71. Deze jurisprudentie heeft deels betrekking op de vraag of de conflictregels absolute voorrang krijgen boven nationale bepalingen die evenzeer gericht zijn op de afbakening van de werkingssfeer van het eigen stelsel ten opzichte van het buitenlandse stelsel. Die vraag kan zich in twee situaties voordoen. De wetgeving van een Lidstaat wordt als toepasselijke aangewezen, maar de nationale bepalingen onder die wetgeving staan een dergelijke aansluiting in de weg. En de andere situatie: de wetgeving van een Lidstaat wordt aangewezen, maar op grond van de wetgeving van een andere Lidstaat kan dezelfde persoon evenzeer verzekerd raken. In de eerste situatie zou in weerwil van de bedoeling van de conflictregels een negatief wetsconflict ontstaan: de persoon is nergens aangesloten. In de tweede situatie kan de werknemer gelijktijdig bij twee wetgevingen aangesloten zijn, en is er dus sprake van een positief wetsconflict. Dergelijke mogelijkheden zijn echter in een lange reeks arresten van het Hof uitdrukkelijk verworpen. De conflictregels hebben in alle situaties absolute voorrang boven concurrerende nationale verzekeringsbepalingen, een situatie die in het vakjargon wordt aangeduid met de “exclusieve” en de “sterke” werking van de conflictregels.

De hegemonie van de conflictregels over het nationale recht die in de jurisprudentie is gevestigd, impliceert ook dat de betekenis van nationale regels die zijn gericht op de afstemming van de toepasselijkheid van het eigen stelsel ten opzichte van buitenlandse stelsels niet zo groot meer is. Dergelijke regels, zoals die in Nederland zijn opgenomen in de Koninklijke Besluiten uitbreiding en beperking kring van verzekerden werknemersverzekeringen en volksverzekeringen, hebben dan ook slechts nog zelfstandige betekenis als de conflictregels als het ware terugverwijzen naar de nationale oplossingen. De huidige rechtssituatie kent voor de post-actieven een dergelijke “terugverwijzingsconstructie”. Zij vallen slechts onder de wetgeving van hun woonland, voor zover het nationale recht van het laatste werkland zich niet meer over hen ontfermt. Deze rechtssituatie verklaart ook waarom de Nederlandse regering het in beginsel vrijstond, de verzekeringsplicht van post-actieven in het buitenland af te schaffen.

2.3. *Het belastingrecht*

Stel: art. 42 EG was nooit geschreven en er was nooit een Verordening 1408/71 tot stand gekomen. Wat zou dan voor de sociale zekerheid de rechtssituatie zijn? In dat geval zou de toepassing van de nationale regels van sociale zekerheid voor migrerende werknemers uitsluitend getoetst kunnen worden aan het enkele verbod op discriminatie naar nationaliteit, als leidende norm voor het communautaire regime van het vrije personenverkeer. Er kan dan niet worden teruggevallen op specifieke technieken die zijn bedacht om nadelen voor migrerende werknemers op te heffen, maar er moet van geval tot geval bekeken worden of de nationale regels in casu een belemmering vormen voor het vrije verkeer, hetzij omdat sprake is directe discriminatie naar nationaliteit, dan wel omdat sprake is van indirecte discriminatie naar nationaliteit, dan wel omdat de nationale regels domweg het vrije verkeer belemmeren.

² HvJ 15 februari 2000, zaken C-34/98 en 169/98 (Cie/Frankrijk)

In een dergelijke situatie zou niet alleen de vraag rijzen of de doelstelling van de bescherming van migrerende werknemers effectief kan zijn gerealiseerd, maar tevens zou de stand van het recht worden gekenmerkt door een grote mate van onzekerheid. Enigszins gechargeerd is dit exact de rechtssituatie zoals we die aantreffen in de belastingsfeer.

De startsituatie in het EG-Verdrag is hier ook anders dan die in de sociale zekerheid. Art. 293 EG (ex art. 220) bepaalt slechts dat de Lidstaten, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling treden ter verzekering van de afschaffing van dubbele belasting binnen de Gemeenschap. Maar hiermee is vooral aangegeven dat de problematiek van de grensoverschrijdende afbakening van de belastingplicht primair tot de bevoegdheden van de Lidstaten is blijven behoren en dat is inderdaad, tot op de dag van vandaag nog steeds het geval.

De belastingplichtigheid van personen die zich in een grensoverschrijdende situatie bevinden, wordt dus in beginsel beheerst door het nationale belastingrecht. Het blijkt dan dat in de nationale systemen verschillende aanknopingspunten worden gehanteerd, waarbij het woonstaatprincipe en het bronstaatprincipe de belangrijkste zijn. Uit hoofde van het woonstaatprincipe worden binnenlandse belastingplichtigen belast naar hun totale draagkracht waarbij het gehele wereldinkomen in aanmerking wordt genomen. Maar daarnaast kan ook nog eens belastingplicht ontstaan op grond van het bronstaatprincipe, dat ervan uit gaat dat het werkland belastingplicht mag opleggen over de inkomsten die in dat land worden verdiend. Op die wijze kan makkelijk dubbele belastingplicht ontstaan. Om deze te vermijden sluiten staten met elkaar bilaterale overeenkomsten af, de zogenaamde DTT's: de double taxation treaties. Deze treaties zijn gebaseerd op een standaardmodel van de OESO. Een multilaterale overeenkomst tussen de EG Lidstaten in de zin van art. 293 EG verdrag is niet tot stand gekomen.

Kenmerkend voor de DTT's is dat ze, anders dan Verordening 1408/71, niet uitgaan van de exclusieve toepasselijkheid van één belastingwetgeving gedurende één tijdvak op één persoon. De gelijktijdige toepasselijkheid van meerdere belastingwetgevingen vormt juist het uitgangspunt voor bijzondere regels ter voorkoming van dubbele belasting. Op grond van dergelijke regels houdt het ene land bij het opleggen van de belasting rekening met de belastingplicht die in een ander land bestaat. Daarvoor gelden weer verschillende technieken, waarvan de belangrijkste de vrijstellings- en de verrekeningsmethode zijn. Op grond van verschillende aanknopingsfactoren wordt dan bepaald welk land in concreto tot vrijstelling of verrekening moet overgaan.

Uit het voorgaande mag niet worden afgeleid dat het Europees Gemeenschapsrecht niet van belang is voor regels inzake de grensoverschrijdende toepasselijkheid van de fiscale stelsels. Het feit dat de problematiek van de internationale afbakening van de belastingplicht primair tot de bevoegdheden van de Lidstaten behoort, wil niet wil zeggen dat de toepassing van het nationale belastingrecht in strijd mag komen met de grondbeginselen van het vrije personenverkeer in de Europese Gemeenschap. De Lidstaten hebben dit reeds aanvaard met de vaststelling van Verordening 1612/68. Hierin wordt immers gestipuleerd dat de migrerende werknemer in zijn gastland gelijkheid van behandeling geniet, niet alleen wat alle sociale voordelen betreft, maar tevens wat zijn fiscale voordelen betreft. Maar het heeft enkele decennia geduurd voordat er zaken naar Luxemburg zijn geleid, waarin de toepassing van het nationale fiscale recht ter discussie werd gesteld tegen de achtergrond van de beginselen van het vrije personenverkeer. In de sfeer van internationale afbakening van de belastingplicht, worden ingezetenen vaak ongunstiger behandeld dan niet-ingezetenen. Dit onderscheid naar

woonplaats is tegen de achtergrond van vrije verkeersregime verdacht, omdat het indirect discriminerend kan uitwerken voor vreemde onderdanen, dan wel omdat het voor de eigen onderdanen de beslissing om in een andere Lidstaat te gaan wonen of werken negatief kan beïnvloeden.

Maar al is de trein van Hofjurisprudentie laat gestart, thans dendert hij in volle snelheid over de rails. Met name in de jaren 90 is sprake van een ware explosie van arresten en het ziet er niet naar uit dat de toevloed van nieuwe zaken naar het Hof voorlopig tot stilstand komt.

Het staat inmiddels vast dat de jurisprudentie van het Hof de grondbeginselen van het internationaal fiscaal recht niet fundamenteel hoeft aan te tasten. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest *Gilly*³. Hierin oordeelde het Hof dat de aanknopingspunten die worden gehanteerd in bilaterale belastingverdragen voor de verdeling van heffingsrechten, bij gebreke van een harmonisatie van dergelijke regels op Europees niveau, geen strijd opleveren met het vrije personenverkeer, zelfs niet als deze aanknopingspunten gebaseerd zijn op het nationaliteitscriterium. Maar hiermee is nog niet gezegd dat het Gemeenschapsrecht en het internationaal fiscaal recht niet regelmatig met elkaar in botsing komen. Want het moge zo zijn dat voor de fiscale achterstelling van niet-ingezetenen allerlei goede gronden kunnen bestaan die door het Hof worden geaccepteerd, gelijktijdig is gebleken dat het Hof zeer kritisch toetst of de desbetreffende achterstelling in concreto volledig aan dergelijke gronden tegemoet komt. Vaak blijkt dat niet het geval te zijn. Kijken we bijvoorbeeld naar de Nederlandse situatie dan zijn reeds gesneuveld bij het Hof:

- a. het verhoogde belastingtarief in de eerste schijf voor niet-ingezetenen die minder dan 90% van hun wereldinkomen in Nederland verdienen (de zaak *Asscher*)⁴;
- b. het niet-honoreren aan buitenlandse belastingplichtigen van fiscale aftrekmogelijkheden ten behoeve van de oudedagsreserve voor zelfstandigen (de zaak *Wielockx*)⁵; en
- c. het opleggen van een hogere premie volksverzekeringen aan personen die gedurende het jaar aan meerdere belastingstelsels onderworpen zijn (de zaak *Ter Hoeve*)⁶.

Ik ga op deze zaken verder niet in, maar wil er slechts op wijzen dat ondanks het feit dat het Hof van Justitie bereid is rechtvaardigingsgronden voor de fiscale achterstelling voor niet-ingezetenen te accepteren, hiermee nog niet gezegd dat de nationale regels die op dit onderwerp betrekking hebben, als een rustig bezit moeten worden beschouwd. De jurisprudentie heeft steeds weer nieuwe verrassingen in petto.

2.4 *Het arbeidsrecht*

Regels inzake de grensoverschrijdende toepasselijkheid van het arbeidsrecht zijn te beschouwen als een onderdeel van het internationaal privaatrecht. We vinden dergelijke regels terug in het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: EVO). Deze overeenkomst is gesloten door de Lidstaten van de Europese Unie, maar is overigens van zuiver intergouvernementele aard.

³ HvJ 12 mei 1998, zaak C-336/96, (R. Gilly)

⁴ HvJ 27 juni 1996, zaak C-107/94 (P.H. Asscher)

⁵ HvJ 11 augustus 1995, zaak C-80/94 (G.H.E.J. Wielockx)

⁶ HvJ 26 januari 1999, zaak C-18/95 (F.C. Terhoeve)

Het EVO bepaalt dat overeenkomsten worden beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Het vrije keuzerecht van partijen is echter niet onbegrensd, maar aan nadere regels gebonden. Dergelijke regels zijn onder meer opgenomen in art. 6 EVO dat specifiek van toepassing is op individuele arbeidsovereenkomsten.

Het eerste lid van art. 6 bepaalt dat de rechtskeuze van de partijen bij de arbeidsovereenkomst er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn. Het tweede lid bepaalt voorts welk stelsel van toepassing is als de partijen geen keuze hebben gemaakt. Dit is:

- het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld, of
- het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet gewoonlijk in een zelfde land zijn arbeid verricht, tenzij de arbeidsovereenkomst nauwer verbonden is met een ander land.

In art. 7 EVO wordt de vrije rechtskeuze verder beperkt doordat is bepaald dat bij de toepassing van het recht van een bepaald land gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw verbonden is, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend wordt rekening gehouden met “hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien”. Hier is het “gunstigheidsbeginsel” neergelegd, hetgeen betekent dat dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen uit het werkland voorgaan op soortgelijke bepalingen uit het woonland indien deze gunstiger uitpakken voor de werknemer. Bijvoorbeeld, bij concurrerende toepassing van twee nationale wettelijke minimumloonstelsels prevaleert het stelsel met het hoogste loon.

De toepassing van de EVO-bepalingen staat onder steeds meer invloed van het Europese Gemeenschapsrecht, in het bijzonder de regels van het vrije verkeersregime. Een bijzonderheid is dat de regels van het vrije werknemersverkeer en die van het vrije dienstenverkeer hier niet altijd tot dezelfde uitkomst leiden. Dit is met name het geval in situaties waarbij de werkgever zijn werknemers tijdelijk tewerkstelt in een andere Lidstaat. De regels inzake het vrije werknemersverkeer gaan ervan uit dat de migrerende werknemer op gelijke voet met nationale onderdanen aanspraak kan maken op de arbeidsvoorwaarden en sociale voordelen van het land van tewerkstelling. Het EG Hof van Justitie heeft evenwel uitgemaakt dat het vrije dienstenverkeer zich kan verzetten tegen de toepasselijkheid van de sociale verplichtingen van het land van tijdelijke tewerkstelling. Dit is het geval indien een dergelijke toepasselijkheid voor de werkgever dubbele lasten veroorzaakt omdat de desbetreffende werknemers tevens zijn onderworpen aan de sociale stelsels van het land van uitzending, terwijl op grond van dit stelsel de werknemer een vergelijkbare bescherming geniet.⁷

⁷ Zie onder meer HvJ in
HvJ 3 februari 1982 (Seco)
HvJ 28 maart 1996, zaak C-272/94 (Guiot)
Arblade
Leloup.

Om de tegenstrijdige eisen die besloten liggen in het vrije dienstenverkeer en het vrije werknemersverkeer met elkaar in het reine te brengen is op 16 december 1996 de zogenaamde “detacheringsrichtlijn” van kracht geworden.⁸ Deze richtlijn, waarvan de implementatietermijn in december 1999 is verstreken, schrijft voor dat bij grensoverschrijdende tewerkstelling de voorschriften van het werkland in acht moeten worden genomen, althans voor zover het gaat om een pakket van dwingende verplichtingen ter zake van minimum werktijden en maximale rusttijden, minimaal aantal vakantiedagen en minimumloon (inclusief vergoedingen voor overwerk, exclusief aanvullend pensioen). Tevens zijn onder de dwingende verplichtingen begrepen: de voorwaarden voor het ter beschikking stellen van werknemers, gezondheid, veiligheid en hygiëne op het werk, beschermende maatregelen ten aanzien van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden van kinderen, jongeren en van zwangere of pas bevallen werkneemsters, en ten slotte de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen van non-discriminatie.

De dwingende verplichtingen moeten zijn vervat in wettelijke of bestuursrechtelijke voorschriften. Wat de bouw betreft is de werking van de richtlijn tevens uitgebreid tot algemeen verbindend verklaarde CAO's. Verdere uitbreiding naar andere sectoren behoort tot de mogelijkheden.

Ten slotte geldt in het kader van de detacheringsrichtlijn, evenals in het EVO, het “gunstigheidsprincipe” de gedetacheerde werknemer kan zich op de gunstigste regeling beroepen die in het concrete geval op hem van toepassing zou kunnen zijn.

In Nederland is de detacheringsrichtlijn geïmplementeerd via de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (hierna: Waga).⁹ Hierin is onder meer voorzien in de aanpassing van artikel 2 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Uit hoofde van deze aanpassingen gelden algemeen verbindend verklaarde CAO's in de bouw ook voor werknemers die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn en op wie niet het Nederlandse recht van toepassing is verklaard. Het moet dan wel gaan om de “dwingende onderwerpen” die in de richtlijn worden genoemd.

Vermeldenswaardig is overigens dat tussen de Nederlandse en Belgische partijen in de bouw een regeling is getroffen uit hoofde waarvan werknemers uitsluitend onderworpen zijn aan de CAO in het land van vestiging. Deze regeling kon tot stand komen nadat sociale partners onderling hadden vastgesteld dat de CAO-regelingen van beide landen een gelijkwaardig beschermingsniveau bieden. De Minister van Sociale Zaken heeft laten weten dat de Nederlands-Belgische CAO praktijk ook na de inwerkingtreding van de WAGA gecontinueerd kan worden.¹⁰ Hierbij is door de Minister gewezen naar de jurisprudentie van het Hof waaruit kan worden afgeleid dat de additionele sociale bescherming in het werkland moet wijken als in het uitzendende land reeds een vergelijkbare of gunstiger bescherming bestaat. De Nederlandse regering gaat er dus van uit dat de jurisprudentie van het Hof inzake het vrije dienstenverkeer prevaleert boven de oplossing van de gemeenschapswetgever. Juridisch gezien is dit een genuanceerde benadering, die in de praktijk evenwel de nodige vragen oproept. Over de verhouding tussen de detacheringsrichtlijn en de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeersregime valt nog de nodige jurisprudentie te verwachten.

⁸ Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, Pb. EG 1997, L 18/1.

⁹ Stb. 1999, 554.

¹⁰ Tk 1998-1999, 26 524, nr. 6, 5-6.

2.5 *Het pensioenrecht*

Afgezien van de hierna nog te bespreken Europese pensioenrichtlijn, bestaat er eigenlijk geen bijzonder internationaal pensioenrecht. Dit betekent dat de problematiek van de grensoverschrijdende regulering van aanvullende pensioenrechten nog vrijwel geheel een aangelegenheid is van het nationale recht. In de nationale wet- en regelgeving van Europese landen vinden we inderdaad bepalingen en voorzieningen die specifiek voor het grensoverschrijdend personenverkeer in het leven zijn geroepen.¹¹ Beperken we ons tot Nederland dan kan bijvoorbeeld worden gewezen op de Pensioen- en Spaarfondsenwet (hierna: PSW). Deze wet is niet van toepassing op een pensioentoezegging die is gedaan aan een werknemer die in het buitenland werkt, tenzij hij in Nederland woont. Omgekeerd betekent dit dat personen die tijdelijk in Nederland werkzaam zijn en die bij een buitenlands pensioenstelsel zijn aangesloten, wél onder de PSW vallen. De werkgever zou dan verplicht zijn toe te treden tot een Nederlands pensioenfonds en een pensioenverzekering te sluiten met een in Nederland erkende pensioenverzekeraar. De Verzekeringskamer kan evenwel een ontheffing verlenen van de werking van de PSW. De beleidsregels van de Verzekeringskamer staan dit dan toe, voor zover het werkgevers betreft die een toezegging hebben gedaan aan een uit het buitenland afkomstige persoon die door een in het buitenland gevestigde onderneming, tijdelijk in Nederland is gedetacheerd. Evenzeer ten behoeve van het grensoverschrijdende verkeer is een ontheffingsbevoegdheid gecreëerd van het afkoopverbod van pensioen dat in de PSW is opgenomen. Op grond van deze bevoegdheid is het mogelijk dat een pensioenreserve wordt overgedragen aan een in het buitenland gevestigd pensioenfonds.

Maar ondanks het bestaan van nationale bepalingen ter regulering van de pensioenbelangen van migrerende werknemers, is het -overall gezien- met de bescherming van dit belang in Europa niet goed gesteld. De problemen die reeds op nationaal niveau bestaan in de pensioenopbouw bij wisseling van werkgever, worden in geval van internationale arbeidsmigratie nog eens uitvergroot. De waarde-overdracht van opgebouwde aanspraken naar het buitenland is niet in alle landen sluitend geregeld, de opbouw van het pensioen kan feitelijk worden belemmerd als het gevolg van het bestaan van wacht- en verwervingsperiodes, verschillen in nationale benadering met betrekking tot fiscale pensioenfaciliteiten kunnen allerlei nadelen opleveren, etc.

Het Europees Gemeenschapsrecht heeft lange tijd geen oplossingen aangedragen voor de problematiek van het aanvullend pensioen van migrerende burgers. Aanvullende sociale-zekerheidsstelsels die voortvloeien uit collectieve arbeidsovereenkomsten vallen in beginsel niet onder de werkingssfeer van Verordening 1408/71, zelfs niet als deze algemeen verbindend zijn verklaard. Evenmin ontwikkelden zich oplossingen vanuit de rechtspraak van het Hof van Justitie; het aantal zaken met betrekking tot de aanvullende pensioenrechten van migrerende werknemers naar het Hof is –nog steeds- uiterst beperkt.

Begin jaren 90 heeft de Europese Commissie een eerste poging ondernomen om te komen tot een richtlijn voor aanvullende pensioenen. Deze poging heeft het niet gehaald. Een tweede, beperkter voorstel werd door de Lidstaten wel aanvaard. Dit voorstel leidde tot de Richtlijn betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna: de pensioenrichtlijn)¹².

¹¹ Dergelijke bepalingen en voorzieningen zijn voor Nederland het Verenigd Koninkrijk en Duitsland beschreven door M.A.B.L. Wienk, *Europese coördinatie van aanvullende pensioenen*, Deventer, 1999,

¹² Richtlijn 98/49/EG van 29 juni 1998, Pb. EG 1998, L 209/46.

De richtlijn kent allereerst de verplichting migrerende en niet-migrerende burgers wat het behoud van rechten op aanvullend pensioen betreft gelijk te behandelen. Met andere woorden, de Lidstaten moeten maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat deelnemers voor wie geen bijdragen aan een aanvullende pensioenregeling meer worden betaald als gevolg van grensoverschrijdende migratie, hun verworven pensioenrechten in dezelfde mate kunnen behouden als deelnemers voor wie geen bijdragen meer worden betaald, maar die in dezelfde Lidstaat zijn gebleven. Voorts moet de export van het aanvullend pensioen gewaarborgd worden. Verder worden de Lidstaten verplicht om het voor gedetacheerde werknemers mogelijk te maken aan de pensioenregeling in de Lidstaat van oorsprong te blijven deelnemen. En tot slot moeten migrerende werkenden geïnformeerd worden over hun rechten.

De pensioenrichtlijn kan worden beschouwd als een eerste stap naar een meer volwaardig coördinatiesysteem van aanvullende pensioenen. Er zijn nog steeds allerlei nadelen in verband met migratie die er niet door worden bestreken. Hoe het gemeenschapsrechtelijke pensioenrecht zich verder zal ontwikkelen, is niet geheel duidelijk.

In het voorstel van de Europese Commissie tot vereenvoudiging van Verordening 1408/71 is sprake van een uitbreiding van de materiële werkingssfeer tot socialezekerheidsregelingen die zijn gebaseerd op contractuele bepalingen die bij een besluit van de overheid algemeen verbindend zijn verklaard of op andere wijze een ruimere strekking hebben gekregen. Deze oplossing is opmerkelijk omdat eigen onderzoek van de Commissie, gepubliceerd in 1997 in het *Groenboek aanvullende pensioenen*¹³ tot de conclusie leidde dat het bestaande coördinatiesysteem van Verordening 1408/71 niet het geëigende instrument vormt om de problemen die voortvloeien uit de pensioenregelingen op te lossen. Dit in verband met de uitzonderlijke diversiteit van deze regelingen wat betreft hoogte, dekking, juridische en technische vorm, het verschil in financieringsmethode, etc. Zelf sluit ik niet eens uit dat het voorstel tot uitbreiding van Verordening 1408/71 tot de aanvullende sociale zekerheid, wat de effecten voor de aanvullende pensioensfeer, betreft een doodgeboren kind zal blijken. Realistischer lijkt het om te verwachten dat de Europese coördinatie van het aanvullend pensioen zich ontwikkelt langs de lijn van technieken die in het verlengde liggen van de pensioenrichtlijn van 1998.

3. Wrijvingen tussen de grensoverschrijdende reguleringsstelsels

3.1 Algemeen

Als we in een perfect symmetrische wereld zouden leven en het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht, het arbeidsrecht en het pensioenrecht waren in alle landen op identieke manier duidelijk van elkaar onderscheiden dan zou het naast elkaar bestaan van onze vier onderscheiden grensoverschrijdende reguleringsstelsels wellicht geen problemen hoeven op te leveren. Maar in de praktijk werkt het zo niet. In de Lidstaten van Europa is de verhouding tussen de vier onderscheiden stelsels steeds anders uitgewerkt.

De bijzondere samenhang tussen de sociale zekerheid, de fiscaliteit, de arbeidsrechtelijke bescherming en de aanvullende pensioenen die in ieder land bestaat, is een gevolg van een complex van factoren. Vaak is er ook sprake van een bepaalde historische traditie. Zo heeft de sociale bescherming in Duitsland zich sterk ontwikkeld over de boeg van het socialezekerheidsrecht, terwijl in de ontwikkeling van het Britse stelsel het arbeidsrecht altijd meer op de

¹³ Aanvullende pensioenen in de interne markt. Een Groenboek, COM(97) 283 def.

voorgond heeft gestaan. Deze verschillende tradities zien we nog steeds terug in de samenhang tussen de verschillende componenten van het sociale stelsel. Bijvoorbeeld, in het Bismarck-stelsel dat nog steeds gunstige wettelijke pensioenen garandeert tot aan 70% van het laatst verdiende loon, is de relatieve betekenis van het aanvullende pensioenstelsel logischerwijs veel beperkter dan in Engeland, waar het Beverigde-minimumpensioen inmiddels onder het niveau van de bijstand lijkt te zijn gezakt. Dit voorbeeld illustreert ook dat de verschillende componenten van het sociale stelsel zich tot elkaar verhouden als communicerende vaten. Het ene systeem vangt tekortkomingen in het andere systeem vanzelf weer op. Hiervan zijn ook in Nederland goede voorbeelden te geven. Denken we bijvoorbeeld aan de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in het kader van Ziektewet. De afschaffing van de socialezekerheidsrechtelijke bescherming bij ziekte is gepaard gegaan met de instelling van een vervangende arbeidsrechtelijke loondoorbetalingsverplichting. En hoe vaak komt het niet voor dat negatieve inkomenseffecten die optreden als gevolg van aanpassingen in het socialezekerheidsstelsel weer worden gecompenseerd door fiscale maatregelen?

Indien nu een werknemer grensoverschrijdende activiteiten gaat verrichten, kan de uitgekende balans die in een land bestaat tussen de verschillende componenten van de sociale stelsels bruut wordt doorbroken. Bij permanente arbeidsmigratie hoeft dat overigens niet noodzakelijk het geval te zijn. Als ik met mijn hele gezin naar Engeland verhuis om mij daar permanent als werknemer te vestigen, zal ik voor mijn sociale bescherming op enig moment in de opbouwfase integraal op het Britse stelsel aangewezen raken, zonder verder nog iets met Nederland te maken te hebben. Maar een dergelijke permanente arbeidsmigratie vormt tegenwoordig in Europa meer de uitzondering dan de regel. Grensarbeid en kortdurende arbeidsmigratie in al zijn verschijningsvormen, komen veel vaker voor. Voor dergelijke vormen van arbeidsmigratie blijken de criteria en regels zoals die worden gehanteerd in de vier grensoverschrijdende reguleringssystemen slecht op elkaar afgestemd te zijn. Het gevolg is dat de migrant niet langer integraal overstapt van het ene nationale sociale stelsel naar het andere, maar slechts wat bepaalde componenten daarvan betreft. En het is exact hier op dit punt aangekomen, dat de ellende begint. Als gevolg van het door elkaar hutselen van afzonderlijke componenten van nationale stelsels, kunnen er merkwaardige effecten ontstaan die niet alleen op de betrokkene een Kafkaïaanse indruk kunnen achterlaten, maar bovendien financieel nadelig zijn.

Op dit punt aangekomen is het ook tijd om concrete voorbeelden te geven. Drie ik heb er gekozen. Ze zijn ontleend aan de sociale zekerheid, maar situeren zich telkens op het breukvlak met één van de andere reguleringssystemen.

3.2 Sociale zekerheid en fiscaliteit

Eerst dan het raakvlak met de fiscaliteit. Hier komen we onder meer het probleem tegen van de Belgisch-Nederlandse grensarbeiders en dat van migranten die op detacheringbasis worden uitgezonden naar een ander land. Wat de grensarbeiders betreft, moeten we beginnen met de constatering dat in Nederland en België de relatie tussen socialezekerheidspremies en belastingheffingen verschillend is uitgewerkt. Het werknemersgedeelte van de Nederlandse socialezekerheidspremies ligt relatief hoger dan in België, terwijl er het tarief voor de inkomstenbelasting in vergelijking met België relatief lager ligt. Nu blijkt dat het Belgisch-Nederlandse belastingverdrag voor grensarbeiders een regeling kent die uitgaat van het woonlandbeginsel. Ingevolge artikel 15, lid 3 van het huidige belastingverdrag is de belastingheffing over het arbeidsinkomen van grensarbeiders, in afwijking van de hoofdregel, toegewezen aan de woonstaat. Voor de sociale zekerheid geldt er echter voor grensarbeiders

geen speciale regeling. Ingevolge de conflictregels van Verordening 1408/71 is de grensarbeider premieplichtig op grond van de wetgeving van het werkland, ongeacht het feit dat hij een ander land woont. Het cumulatieve effect van het verschil tussen premie- en belastingdruk en het verschil in conflictregels dat wordt gehanteerd voor de betrokkene laat zich dan raden. De Nederlandse grensarbeider die in België werkt, wrijft zich in de handen. Hij profiteert van het lagere premietarief in België en de gunster fiscale behandeling in Nederland. Maar de Belgische grensarbeider in Nederland staart in een duister spiegelbeeld. Hij wordt telkens aangeslagen naar de hoge tarieven. Onderzoek naar de inkomenspositie van Belgisch-Nederlandse grensarbeiders dat is uitgevoerd door de Universiteit van Maastricht¹⁴ heeft aangetoond, dat de negatieve inkomenseffecten voor Belgische grensarbeiders aanzienlijk kunnen oplopen. Hoe dan ook, deze grensarbeider is altijd nadelig af, of zijn positie nu wordt vergeleken met zijn collega in Nederland, of met zijn buurman in België. Het probleem wordt voor de betrokkene extra zichtbaar gemaakt omdat onderlinge periodieke aanpassingen tussen belasting- en premietarieven, waarbij bijvoorbeeld hogere premies worden gecompenseerd door fiscale kortingen, voor de grensarbeiders altijd weer juist verkeerd uitpakken. Men spreekt hier ook wel van het Tombola-effect. Na jaren onderhandelen is er overigens met de Belgen een nieuw concept belastingverdrag tot stand gekomen, waarin de woonlandregeling voor de grensarbeiders is begraven. Of de nieuwe regeling aan al zijn verwachtingen zal beantwoorden, moet echter nog worden afgewacht.

Het probleem van de gedetacheerde werknemers lijkt op dat van de grensarbeiders. Ditmaal worden onbedoelde effecten gegenereerd als gevolg van het feit dat de detacheringstermijnen in het internationaal fiscaal recht afwijken van die van Verordening 1408/71. De verordening kent een liberaal regime waarbij een maximumtermijn geldt van één jaar, die kan worden verlengd tot twee jaar, maar vervolgens in het belang van de werknemer kan worden verlengd tot een veel langere periode op basis van overeenkomsten tussen de aangewezen uitvoeringsinstellingen. Een maximumtermijn van vijf jaar wordt door de Lidstaten aanvaardbaar geacht. De belastingverdragen kennen echter, in navolging van het modelverdrag van de OESO, een maximum detacheringstermijn van 183 dagen. Dit verschil zou geen grote schokken teweeg hoeven te brengen, ware het niet dat de verhouding tussen fiscaliteit en sociale zekerheid in de verschillende landen anders is uitgewerkt. Een geliefd voorbeeld om dit probleem mee te adstrueren, kan worden ontleend aan de Deense situatie waar de sociale zekerheid nagenoeg geheel uit de algemene middelen wordt gefinancierd. Stel een Nederlandse werknemer wordt in Denemarken gedetacheerd voor een periode van één jaar. Na afloop van een half jaar raakt deze werknemer onderworpen aan het Deense fiscale stelsel, waaruit ook de sociale zekerheid wordt gefinancierd, maar intussen blijft hij gedurende het hele jaar tevens onderworpen aan de Nederlandse premieplicht. De toepassing van het internationaal fiscaal recht en het internationaal socialezekerheidsrecht leidt aldus tot een gevolg dat beide stelsels afzonderlijk juist pogen te vermijden, te weten het bestaan van dubbele lasten als gevolg van positieve wetsconflicten.

3.3 *Sociale zekerheid en arbeidsrecht*

Het volgende voorbeeld situeert zich op het raakvlak tussen het socialezekerheidsrecht en het arbeidsrecht. Het heeft betrekking op de loonbetalingsverplichting bij ziekte zoals vervat in art. 7: 629 BW. Deze verplichting vervangt sinds een aantal jaren voor werknemers de uitkering op grond van de Ziektewet.

¹⁴ Zie M.J.G.A.M. Weerepas, "The relation Netherlands-Belgium: a feasible solution? An investigation into the issue of frontier workers in Belgium and the Netherlands", in: *Meeting the challenge of change*, Noordwijk, 1997, 121-142, 138.

De civielrechtelijke loondoorbetalingsverplichting is niet uitsluitend onderworpen aan arbeidsrechtelijke conflictregels. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie moet namelijk worden afgeleid dat de loonaanspraak bij ziekte moet worden aangemerkt als een socialezekerheidsprestatie in de zin van Verordening 1408/71. De conflictregels van Verordening 1408/71 zijn dus tevens van toepassing.

De gelijktijdige toepassing van arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke conflictregels blijkt in de praktijk vooral in de relatie met Duitsland problemen op te leveren. Het kan voorkomen dat een werknemer in dienst van een Duitse werkgever op grond van de conflictregels van Verordening 1408/71 is onderworpen aan de Nederlandse socialezekerheidswetgeving, bijvoorbeeld in geval van detachering langer dan één jaar. In de meeste gevallen wordt de arbeidsverhouding echter uit hoofde van de bepalingen van het EVO beheerst door het Duitse recht. De partijen hebben ervoor gekozen of bij afwezigheid van een keuze is Duits recht aangewezen. De werknemer is verzekerd voor de Ziektewet en de werkgever moet tijdens ziekte voldoen aan de loonbetalingsverplichting. Op dit punt aangekomen ontstaan de moeilijkheden. Naar Duits recht dient de werkgever bij ziekte slechts de eerste zes weken van het loon door te betalen. Is de werknemer daarna nog ziek, dan moet ziekengeld verstrekt worden door de Krankenkasse. Het gevolg is dat de werknemer overal voor gesloten deuren komt te staan. De Duitse werkgever is van oordeel dat de loondoorbetalingsverplichting wordt beheerst door het Duitse recht, of dat de toepasselijkheid van de verordening geen loondoorbetalingsverplichting kan creëren waarvoor in het Duitse recht geen grondslag bestaat. De Nederlandse uitvoeringsinstelling is van oordeel dat de Duitse werkgever onderworpen is aan de Nederlandse loondoorbetalingsplicht en de Krankenkasse redeneert dat de betrokkene niet aan het Duitse socialezekerheidsrecht is onderworpen. In de visie van de Nederlandse uitvoeringsinstelling zit er voor de werknemer niets anders op dan een civiele procedure te starten tegen de werkgever.

Het is overigens nog interessant om door te denken over de vraag hoe de rechter in ons voorbeeld de civiele vordering tegen de Duitse werkgever zou moeten beoordelen. Sommigen zijn er niet zeker van of bij een botsing van arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke conflictregels de laatste zonder meer voorrang hebben¹⁵. Anderen gaan hier zonder meer van uit. Ik zelf schaar mij bij de anderen, aangezien de rechter –in hoogste instantie– het Hof van Justitie uiteindelijk gewoon toepassing moet geven aan het dwingend stelsel van conflictregels zoals dat in het communautaire recht gestalte heeft gekregen. Afgezien van de detacheringsrichtlijn bestaat er voor het arbeidsrecht een dergelijk stelsel niet. Maar hiermee wordt gelijktijdig een volgend probleem blootgelegd, namelijk dat tussen de vier reguleringsstelsels grote verschillen bestaan in de mate waarop de stelsels zich hebben ontwikkeld en met name de mate waarin de stelsels zijn opgenomen in de rechtsorde van de Europese Gemeenschap. In een dergelijke situatie zal een stelsel dat zich het meest heeft ontwikkeld en dat het sterkst onderdeel is geworden van het gemeenschapsrecht (in casu is dit het stelsel van het Europees sociale zekerheidsrecht) snel ten opzichte van de andere stelsels de boventoon gaan voeren. Hier kunnen echter ongewenste effecten van uitgaan. Het creëren van een Nederlandse loondoorbetalingsplicht voor een in het buitenland gevestigde werkgever, getuigt niet bepaald van billijkheid en gezond verstand. Ook al is het juridisch correct, het is vragen om moeilijkheden een typisch Nederlandse oplossing voor een typisch Nederlands probleem te exporteren naar een niets vermoedende werkgever uit Leipzig. Ik merk overigens op dat het verschil van Europese snelheden tussen het Europese

¹⁵ Zie bijvoorbeeld F. Pennings, “De WULBZ en grensoverschrijdend verkeer van werknemers”, *SMA*, 1997, 174-186

coördinatierecht en de andere grensoverschrijdende reguleringssstelsels talloze andere onbedoelde effecten hebben. Als we niet oppassen vallen de heffingskortingen die met het nieuwe belastingstelsel worden geïntroduceerd, straks onder Verordening 1408/71, met als gevolg dat talloze personen voor wie deze kortingen wel bedoeld zijn er niet voor in aanmerking komen en andersom.

3.4 Sociale zekerheid en pensioenrecht

Het laatste voorbeeld ten slotte is ontleend aan de relatie tussen de sociale zekerheid en de aanvullende pensioenen. Om de instroom van jongere werknemers te bevorderen kunnen werknemers in België vanaf de leeftijd van 58 jaar (en in bijzondere gevallen na toestemming van de Minister vanaf 50 jaar) onder bepaalde voorwaarden ontslag nemen. Deze oudere werknemers hebben dan recht op een zogenaamd brugpensioen dat bestaat uit een wettelijke werkloosheidsuitkering en een aanvullende vergoeding op grond van de CAO. De bruggepensioneerde is vrijgesteld van inschrijving als werkzoekende en hoeft zich ook niet meer beschikbaar te stellen voor de diensten van de arbeidsbemiddeling. De in Nederland wonende grensarbeider heeft echter op grond van een bijzondere bepaling van Verordening 1408/71¹⁶ recht op Nederlandse werkloosheidsuitkering. Een oudere werknemer die vrijwillig werkloos wordt, zich niet als werkzoekende inschrijft en zich niet ter beschikking stelt van de arbeidsmarkt wordt echter voor de toepassing van de Nederlandse Werkloosheidswet niet als werkloos beschouwd en heeft strikt genomen dan ook geen recht op uitkering.

Hier zien we weer een goede illustratie van de hierboven geformuleerde stelling dat samenhangende componenten binnen een nationaal sociaal stelsel in geval van migratie niet straffeloos uit elkaar kunnen worden getrokken. Overigens merk ik op dat het hier gesignaleerde probleem inmiddels onderkend wordt en dat de bruggepensioneerde grensarbeider in aanmerking wordt gebracht voor WW zover hij aan de overige wettelijke voorwaarden zoals de referte-eis voldoet. Tevens wordt geëist dat de grensarbeider zich als werkzoekende inschrijft en zich ter beschikking stelt van de diensten van arbeidsbemiddeling in Nederland. Deze beleidsoplossing die strikt gesproken contra-legem is, siert de Nederlandse uitvoeringsinstellingen en geldt als een voorbeeld voor gemeenschapstrouw gedrag. Ik kom daar straks nog op terug.

4. Kwalificatie van de problemen

In officiële regeringsstukken, met name in de recente brief van de Staatssecretaris van sociale zaken over de socialeverzekeringspositie van grensarbeiders¹⁷, worden relativerende opmerkingen gemaakt over de problematiek van de sociale bescherming van migrerende werknemers. Veel klachten zijn te herleiden tot het feit dat buitenlandse sociale stelsels nu eenmaal niet even gunstig zijn als het Nederlandse. Bovendien blijkt aan ieder nadeel ook weer een voordeel te zijn verbonden. Waar iemand de ene keer het nadeel ondervindt van het grensarbeider zijn, is er de ander keer juist weer een voordeel. En waartegen moet het nadeel of het voordeel überhaupt worden afgezet? Als het al zo zou zijn dat de grensarbeider kon worden vergeleken met een normale werknemer, welke normale moet dan als maatstaf worden genomen: de collega op de werkvloer of de buurman in het woonland?

Ik moet zeggen dat ik voor dergelijke verzuchtingen van de Staatssecretaris begrip kan opbrengen. De storm van verontwaardiging van belangenorganisaties waarop weer duizend-

¹⁶ Bedoeld wordt art. 71, lid 1 sub a ii) Verordening 1408/71.

¹⁷ TK 1999-2000, 26 834, nr. 2

en-een kamervragen worden gebaseerd, zijn niet altijd gefundeerd en mogen ook wel eens op weerwoord rekenen. Daar staat tegenover dat de problematiek van de sociale bescherming van migrerende werknemers ook weer niet mag worden ontkend of gebagatelliseerd. De kwalificatie van de problemen moet geschieden op rationele basis.

Voor de problemen die ontstaan als gevolg van de wrijvingen tussen de reguleringsstelsels blijkt een rationele kwalificatie echter verre van eenvoudig. De oorzaken van deze problemen liggen dermate diep dat de neiging bestaat het malheur van de migrerende werknemer te beschouwen als een natuurverschijnsel dat behoort bij het leven en dus maar geaccepteerd moet worden. Dit geldt ook voor de juridische kwalificatie van de problemen in gemeenschapsrechtelijk perspectief.

Alle voorbeelden die we zojuist de revue hebben laten passeren zijn te herleiden tot een combinatie van de volgende oorzaken:

1. In verschillende landen worden de grenzen tussen de sociale zekerheid, fiscaliteit, arbeidsrechtelijke bescherming en het aanvullend pensioen telkens anders gedefinieerd (*het probleem van de nationale verschillen*).
2. De vier grensoverschrijdende reguleringsstelsels hanteren onderling verschillende uitgangspunten, criteria en technieken ter voorkoming van concurrerende toepassing van nationale stelsels (*het probleem van de internationale verschillen*).
3. De mate waarin het desbetreffende grensoverschrijdende reguleringsstelsel ontwikkeld is en met name de mate waarin dit stelsel onderdeel is geworden van de rechtsorde van de EG verschilt (*het probleem van verschillende Europese snelheden*).

Deze oorzaken zijn in de context van het Europese Gemeenschapsrecht harde gegevenheden. In de Unie bestaat geen geharmoniseerd internationaal stelsel van conflictregels, laat staan een geharmoniseerd sociaal stelsel. Het EG-Verdrag biedt hiertoe ook geen uitputtende bevoegdheden. Dit houdt in dat het Gemeenschapsrecht de oorzaken van de problemen niet kan wegnemen. Hoe doelgericht en verregaand het EG Hof van Justitie de migrerende werknemers ook in bescherming neemt, de grenzen van het EG-Verdrag mogen niet worden overschreden. Uit de jurisprudentie blijkt dat nadelen voor migrerende werknemers die voortvloeien uit de rechtstoepassing, door het Hof niet zonder meer als onrechtmatig worden aangemerkt. Waar dergelijke nadelen voortvloeien uit de afwezigheid van harmonisatie van de sociale stelsels worden ze ongemoeid gelaten. Tevens kan een voor migranten nadelige rechtstoepassing geoorloofd zijn uit een oogpunt van objectieve rechtvaardigingsgronden. Het feit dat de rechtstoepassing voortvloeit uit een niet-communautair stelsel van conflictenrecht kan daarbij als bijzondere objectieve rechtvaardigingsgrond gelden. Aan de problemen die voortvloeien uit wrijvingen tussen de grensoverschrijdende reguleringsstelsels ligt dus een harde kern ten grondslag die door het Gemeenschapsrecht onberoerd wordt gelaten. Juridisch is er dan geen relevant probleem.

Maar dit vormt niet het eindpunt van de redenering. Het feit dat de harde kern van het probleem door de huidige stand van het Gemeenschapsrecht onberoerd wordt gelaten, impliceert niet dat dit probleem niet om een oplossing vraagt, maar slechts dat voor die oplossing niet kan worden teruggevallen op de rol van het EG Hof van Justitie. Internationale regelgevende inspanningen zijn vereist.

Op dit punt moet echter onmiddellijk een illusie worden weggenomen. Grootschalige, radicale oplossingen mogen op korte termijn niet worden verwacht. Van een harmonisatie van het

sociale stelsel staan we nog een heel eind af en zo lang die niet is gerealiseerd zullen radicale pogingen om te komen tot een alternatief grensoverschrijdend reguleringsstel nooit volledig aan het doel kunnen beantwoorden. Het is opvallend dat alle serieuze, meer diepgaande studies die op dit terrein zijn verricht, tot deze conclusie komen. *Kavelaars* is –nog steeds– van oordeel dat een volledige afstemming van de toewijzingsregels in het internationaal fiscaal recht en in het internationaal socialezekerheidsrecht niet realistisch is. Hooguit een betere coördinatie-inspanning kan iets opleveren.¹⁸ Het reeds aangehaalde Groenboek aanvullende pensioenen van de Europese Commissie gaat ervan uit dat coördinatie van de aanvullende pensioenen via Verordening 1408/71 geen oplossing biedt. En *Weerepas*¹⁹ die voor de Universiteit van Maastricht het uitgebreid onderzoek naar de situatie van de Belgisch-Nederlandse grensarbeiders heeft verricht, is van oordeel dat het waarschijnlijk niet mogelijk is om op gemeenschapsrechtelijk niveau tot uniforme oplossingen te komen.

Als uniforme oplossingen kennelijk niet tot de mogelijkheden behoren, moeten we dus een bescheidener ambitieniveau aanspreken. Het is het niveau van de stapsgewijze internationale oplossingen, nationale wetgevende inspanningen en initiatieven van de uitvoerende macht. Als laatste onderdeel wil ik dan nog eens met u nagaan, welke mogelijkheden zich hier voordoen.

4. Oplossingsrichtingen

Ik benoem de mogelijkheden hier in de vorm van aandachtspunten.

- a. Bij de gemeenschapsrechtelijke uitbouw van grensoverschrijdende reguleringsstelsels dienen niet (uitsluitend) stelselspecifieke aspecten als uitgangspunt te dienen, maar de persoon van de migrerende werknemer en de vorm van grensoverschrijdende activiteiten, onderscheiden naar grensarbeid, detachering of permanente arbeidsmigratie. Met de totstandkoming van de pensioenrichtlijn en de detacheringrichtlijn is hiermee in feite een prille aanvang genomen, aangezien beide regelingen duidelijk afgesplitste regelgeving bevatten voor detacheringssituaties.
- b. Bij de gemeenschapsrechtelijke uitbouw van grensoverschrijdende reguleringsstelsels dient rekening te worden gehouden met de onderlinge samenhang tussen de stelsels. Synchronisatie van criteria moet worden nagestreefd. Een voorbeeld van de goede weg biedt hier de pensioenrichtlijn waarin de detacheringssituatie wordt gedefinieerd als de situatie zoals die bestaat in Verordening 1408/71. Hiermee zijn onderlinge discrepanties uitgesloten. Een overeenkomstige synchronisatie van de fiscale detachering met die van de sociale zekerheid, moet worden overwogen.
- c. In de grensoverschrijdende reguleringsstelsels dienen dwingende oplossingen te worden vermeden. In verband met de grote diversiteit van de nationale systemen is het noodzakelijk om voor de partijen maatwerk te kunnen leveren. Dit is temeer het geval aangezien de positie van de migrerende werknemer niet per substelsel moet worden beoordeeld, maar in zijn totaliteit. Maatwerk kan niet alleen worden gerealiseerd door bilaterale afwijkingsmogelijkheden toe te staan, maar ook door de betrokken instellingen en personen de gelegenheid te geven om op basis van wilsovereenstemming in het belang van de migrerende werknemer van de hoofdregel af te wijken. De situatie zoals die bestaat in het kader van Verordening 1408/71 waar van de conflictregels van Titel II kan worden afgeweken op basis van een overeenkomst

¹⁸ P. Kavelaars, “Vo. 1408/71 viert zijn 25-jarige jubileum”, in: *Het verloren paradijs van de eenvoud*, Kluwer, 1996, 141-148, 146.

¹⁹ Zie hierboven noot 14

tussen aangewezen organen dient als voorbeeld. Als gevolg van deze afwijkingsmogelijkheid fungeren de conflictregels van Verordening 1408/71 als het ware als semi-dwingend recht en kan altijd in het belang van de migrerend werknemer een alternatieve oplossing worden gezocht.

- d. In nationale wettelijke bepalingen die zijn gericht op de afstemming van het eigen stelsel met buitenlandse stelsels dient ruimte te worden gecreëerd voor hardheidsclausules en op de persoonlijke situatie toegesneden oplossingen. Deze dienen dan aan de uitvoerende instellingen voldoende ruimte te bieden voor een serieuze discretionaire beoordeling. Lichtend voorbeeld vormt hier de bevoegdheid van de Verzekeringskamer inzake pensioenvrijstelling zoals die is opgenomen in de PSW. Ik heb over de wijze waarop de Verzekeringskamer van deze bevoegdheid gebruik maakt, weinig klachten kunnen vernemen. Dit kan niet worden gezegd van de vrijstellingsregeling en hardheidsbevoegdheid zoals die zijn opgenomen in het KB uitbreiding en beperking kring van verzekerden volksverzekeringen.²⁰ Of dit te wijten is aan een tekort aan discretionaire ruimte die door de wetgever wordt geboden aan de Sociale Verzekeringsbank of aan het verkeerd gebruik van de beschikbare ruimte laat ik graag aan uw oordeel over.
- e. Uitvoerende instellingen moeten leren dat het Gemeenschapsrecht voorrang heeft boven het nationale recht en dat in geval van spanningen niet zonder meer de partij van de nationale wetgever moet worden gekozen. De hiervoor genoemde beleidsoplossing waarvoor door de uitvoerinstellingen is gekozen in het belang van de bruggepensioneerde grensarbeiders, getuigt van gemeenschapstrouw en strekt tot voorbeeld.
- f. Ten slotte dan de ambtelijke verkokering. Ambtelijke instellingen die verantwoordelijk zijn voor de afzonderlijke componenten van het sociale stelsel moeten serieus met elkaar samenwerken en het gemeenschappelijk perspectief van de belangen van de migrerende werknemer voor ogen blijven houden. Laat deze studiedag een voorbeeld zijn en ons allen inspireren.

²⁰ Art.22 en art. 24 van KB 746.

